

POR LA PARTE DE EL IVEZ DE COMISSION PARA EL

desempeño del mayorazgo que fundô el Licenciado D. Pedro Santaren, Chantre desta Santa Yglesia, de que es sucessor Don Iacinto de Mendoza.

EN EL PLEYTO POR QVERELLA por via de excesso.

CON

DON MARTIN DE XAVRIGVI, como marido de doña Marla Valer, hija, y heredera de doña Catalina de Mendoza, vezinos de esta Ciudad.

En Granada, En la Imprenta Real, En casa de Baltasar de Bolibar, En la calle de Abenamar. Año de 1654.



RETENDE La parte del desempeño, que en proceder a la cobrança de el censo perpetuo de quarenta ducados en cada vn año, que es del dicho mayorazgo, se ha de declarar que no excede de su comission, ò por lo menos remitir a el señor Ioseph Gonçalez, Iuez particular de los desempeños de los mayorazgos destos Reynos, y señores de el Real Consejo de Camara de su Magestad, de adonde emana la comission, para que alli la parte siga su apelació.

FACTI SPECIES.

2 ¶ La comission del señor Ioseph Gonçalez, que es la que tiene, y la que dà a Iuan Ruyz Bujanda, como Iuez particular, y priuatiuo para la redencion de los censos, que con facultades Reales estan impuestos sobre mayorazgos destos Reynos; es especial para el desempeño, y redencion del censo de dos mil ducados de principal, y sus corridos, que en virtud de facultad Real tomò el Capitan don Gaspar de Mẽdoza, padre del dicho don Iacinto de Mendoza, sobre los bienes del dicho mayorazgo, que fundò el Licenciado don Pedro de Santaren, Chantre de la santa Iglesia *Y es con inhibicion de està Real Chancilleria, y otros qualesquier Tribunales, y Iusticias, aunque sea por via de exceßo, ni en otra manera. Y que no se admita apelacion, si no fuere ante los señores del Consejo de la Real Camara, de dõde emana la dicha comißion.*

3 ¶ El caso es: que en 8. de Iulio de el año de 1623. don Gaspar de Mendoza en las capitulaciones matrimoniales que hizo para casar a doña Catalina de Mendoza con don Alonso de Castro Valer, le promete de darle para su dote quatro mil ducados, los mil de ellos en dinero, y en el interim que no se los diere, y pagare, aya, y cobre quarenta ducados en cada vn año de vn censo perpetuo que tiene el dicho mayorazgo contra Iulian Agustin, vezino de Oxixar, y

lo

lo consiente Don Iacinto de Mendoza, su hijo mayor.

4 ¶ En 25. de Setiembre de el año de 1633. el dicho don Gaspar de Mendoza impetrò facultad Real de su Magestad, para tomar a censo sobre los bienes del dicho mayorazgo dos mil ducados, para las pruevas de vn Abito de señor Santiago. Y fue cõdicion, que dentro de ocho años, de los frutos, y rentas de el dicho mayorazgo, que quedaron obligados especial, y generalmente, se auian de redimir los dichos dos mil ducados, y sus reditos.

5 ¶ Despues auiendo muerto don Gaspar, a pedimiento de don Iacinto de Mendoza, que sucediò en el dicho mayorazgo, se prorrogaron quatro años mas, que cumplieron el año de 1651.

6 ¶ En 24. del mes de Março de 1635. el dicho don Iacinto de Mendoza, como posseedor de el dicho mayorazgo, dà poder llanamente a Doña Catalina su hermana, para que vaya cobrãdo los quarenta ducados en cada vn año del dicho censo. Y la relacion deste poder, solo es dezir, que entre los bienes de su mayorazgo tiene el dicho censo perpetuo, y que su hermana lo ha cobrado, y le otorga poder para que continue en la cobrança, y haga las diligencias sobre ella, en virtud de vnos reconocimientos q̃ le entrega, y no dize que sea en causa propia, ni le pone tiempo, ni contiene mas de lo referido.

7 ¶ En primero de Nouiembre del año de 1653. don Iacinto de Mendoza dize, que es muerta doña Catalina de Mendoza su hermana; y aun que con su muerte quedò reuocado el poder, a mayor abundamiento lo reuoca, y requiere a los que pagan el censo no lo paguen, si no a el susodicho.

8 ¶ En este estado en 16. de Otubre de este presente año de 1654. el Iuez de comission entra embargando las rentas del dicho mayorazgo para la redencion del dicho censo, y enere ellas embargò en dõ Lucas de Cepeda quarenta ducados de vn año de corridos del dicho censo perpetuo, y lo que adeladte corriesse.

En

9 ¶ En quatro de Nouiembre de 1654. dō Martin de Xaurigui, como marido de doña Maria de Castro Valer, hija, y heredera, con beneficio de inuentario de doña Catalina de Mendoza, diò peticion ante el dicho Iuez de Comission, haziendo relaciō que como la dicha doña Maria era hija, y heredera de doña Catalina de Mendoza, a quien el Capitan dō Gaspar de Mendoza le auia prometido, y obligadosele a dar en dote los dichos mil ducados, y en el interin los reditos de el dicho censo a razon de a 40. ducados en cada vu año, y en la promesa auia interuenido don Iacintò su tio, y despues dadole poder a doña Catalina su madre para cobrarlos, y que esto auia sido diez años antes de la facultad Real, y concluye que le mande desembargar, y de lo contrario apela.

10 ¶ Sobre esto se formò juyzio ante el Iuez de comission, y coucluso mandò, que sin embargo se hiziesse remate, y pago a la parte de el desempeño de los 40. dudados.

11 ¶ La parte de doña Maria, como heredera de doña Catalina su madre, diò querella por via de excesso, y pretende, que el dicho Iuez de comissiō lo haze en conocer, y proceder, en quanto a el dicho censo, y sus corridos, y en no auerselos mandado desembargar, y dexadoselos libremente.

Allegationes iuris, de parte de doña Maria, querellante, por via de excesso.

12 Y Fundarà el excesso, en que la obligacion, è hipoteca de los bienes, y rentas del mayorazgo para redimir el censo de los dos mil ducados, en virtud de la facultad Real, no comprehendiò, ni pudo comprehender el censo, y reditos de los 40. ducados, & per consequens, no està, ni deuen estar comprehendidos en la comission del desempeño de el dicho mayorazgo: porque quando se concediò

cediò la facultad Real, y se obligò el Capitan dō Gaspar de Mendoza, como posseedor de el dicho mayorazgo, fue por el año de 1633. q̄ auia diez años antes, y los reditos del dicho censo de 40. ducados en cada vn año, estauan enagenados, y dados a la dicha doña Catalina su hija, de quien es vnica heredera doña Maria Valer.

13 ¶ Y que el dicho Capitan don Gaspar de Mendoza pudiesse entonces vender, y enagenar los frutos, y reditos de su mayorazgo, no parece se puede dudar, porque el sucessor, y posseedor del mayorazgo, no es solo vsufructuario; si no verdadero señor de el, en su vida, y en especial para poder dar, ceder, y enagenar los frutos, y reditos, segun lo vno y otro funda el señor Luys de Molina lib. 1. cap. 19. n. 4. & cap. 20. num. 12. cap. 21. num. 24. & 25. vers. *Quod si fructus rei maioratus*, ex Bart. num. 4. per textum ibi, in l. codicillis, §. instituto, ff. de leg. 2. Gutierrez lib. 2. practic. quæst. 17 num 2. & lib. 3. quæst. 89. num. 7. Dom. D. Ioan. à Castillo de vsufruct. lib. 1. cap. 5. n. 3. Mieres part. 3. q. 9. n. 42. Olea de ces. iur. & act. tit. 3. q. 1. n. 12.

14 ¶ Mayormente por auer sido la enagenacion para la dote de su hija, que la pudo constituyr en los frutos, y reditos del dicho mayorazgo, y a este titulo enagenarlos, Mieres part. 3. quæst. 9. num. 80. Dom. Molina lib. 4. cap. 6. à num. 2. maxime in num. 15. adonde es sin controuersia siendo de los frutos, q̄ entonces no ay quien dude de la decision del Auth. res quæ, C. commun. de legat. Vicent. Fusar. de subst. q. 531. à n. 119.

15 ¶ Y assi parece que excede en quanto a los reditos del dicho censo, y que el excesso viene à ser de re, ad rem, porque no puede proceder contra reditos que estauan enagenados, y que no quedaron obligados quando se concediò la facultad Real, y siendo de re ad rem, es el principal excesso de Iuez de comission, segū el cap. cum olim, Abbas 32. cap. P. & G. 4. & ibi glos. fin. de offic. & potest. iudicis delegati, l. quicumque, C. de execut. & exactorib. libr. 10. q. 47.

 vers.

verſ. *Mas dezimos, que por tal carta como esta no puede juzgar aquel a quien fueſſe embiada, mas omes, ni mas coſas de quanto dixere, &c.* tit. 18. part. 3. Bobadilla lib. 2. cap. 21. à numer. 64. Y el ſeñor don Franciſco Salgado de Regia protect. partit. 4. capit. 3. à numer. 72. & capit. 8. à num 1. & 4.

Allegationes iuris, de parte de el Iuez de comiſsion, y deſempeño del mayorazgo.

16 MAS Sin embargo por parte del Iuez de comiſsion, y deſempeño del dicho mayorazgo, ſe fundarà, que es llano el auer ſe declararar que no excede de ſu comiſsion, y quãdo alguna duda tuuiera, ſe deue remitir al ſeñor Ioſef Gõçalez, y ſeñores del Conſejo de la Camara de ſu Mageſtad, de donde emana la dicha comiſsion, para que alli la parte de la dicha doña Maria ſiga ſu apelacion, quod demouſtrabitur, ex allegationibus ſequentibus, adonde ſe ſatisfarà a las de contrario.

Allegatio Prima.

17 LO Primero, porque el exceſſo de juridiciõ en eſte caſo. ¶ O ſe pretẽde por defeto de juridiciõ, diziendo que no la tiene en quanto a los reditos de quarenta ducados en cada vn año, porque eſtauan enagenados, y que aſsi es exceſſo de re ad rem, como queda dicho, por no tener comiſsion para conocer dellos. ¶ O ſe pretẽde por notoria injuſticia.

18 ¶ Si es por defecto de juridiciõ, viene a ſer claro y euidẽte q̃ no excede, prueuaſe por los miſmos textos, y fundamentos de contrario, porque por ſu Mageſtad, y ſeñor Ioſeph Gonçalez en la dicha cõmiſsion

mission la dà para cobrar de todos, y qualesquier frutos, y rentas de los bienes del mayorazgo que fundò el dicho Licenciado don Pedro Santaren, sin exceptuar tacitè, ni expressè, bienes, ni rentas algunas de el dicho mayorazgo, con que ya en la comission estan dichos expressamente, y comprehendidos los reditos por no poderse dudar por las escrituras, que el censo perpetuo, y bienes de su imposicion, sean de el dicho mayorazgo.

19 ¶ Luego diziendo, como se dize en la dicha comission, que conozca, y cobre de los dichos frutos, y reditos de los dichos bienes, siguese que tiene jurisdiccion para ello, y que no excede, porque para exceder auia de ser de lo que no estuviesse dicho, ni comprehendido en la comission, segun lo determina la misma ley de la Partida, de contrario traida, l. 47. tit. 18. part. 3. ibi: *No puede juzgar aquel a quien fuesse embiada (scilicet la carta de comission) màs omes, ni mas cosas de quanto dixere.*

20 ¶ Y si a esto se replicasse, que aunque lo dize en la comission, es con generalidad, y que en ella no se deue comprehender lo especial de los reditos de los bienes del mayorazgo que estauan enagenados, y en tercero, porque no se deue presumir que el Principe quiso perjudicar a tercero, ni comprehenderle en su comission, ex vulg. l. 2. § merito, & §. si quis à Principe, ff. ne quid in loco publico.

21 ¶ A lo qual dupliciter respondetur, y con qualquiera de las dos respuestas nos parece se assegura el vencimiẽto deste pleyto, y suplicamos a V. S. se haga especial reparo en ellas.

22 ¶ Lo primero, que los reditos de que se trata de el dicho censo, y los demas corridos, y que corrieren desde la muerte del dicho Capitan don Gaspar de Mendoza, que muriò por el año de 1635. no estan, ni pudieran estar enagenados, ni aun tiene derecho alguno a ellos la parte de la dicha doña Maria, a lo menos en competencia del desempeño, y assi no ay derecho de tercero a que prejudicar.

23 ¶ Prueuase que no estan, ni pudieran estar

tar enagenados los dichos reditos de que se trata, ni los demas, desde el año de 1635. en que muriò el dicho Capitan, porque el posseedor solo es dueño, y señor en su vida de los frutos, y rentos de los bienes de el mayorazgo, y no de los que se causan, nacen, y proceden despues de su muerte, y assi no pudo donar, ni disponer de los reditos de que se trata, que no son, ni fueron suyos, ni los pudo enagenar, porque su dominio fue temporal, solamente para los causados en su vida. Esta es vna conclusion muy notoria, y sabida de todos, y en esta conformidad son las autoridades de contrario traydas, Dom. Molina lib. 1. cap. 19. in princip. vers. *Quod possessores solum per tempus vitæ suæ*, & n. 4. cap. 20. num. 12 cap. 21. nu. 24. & 25. con los demas de contrario referidos en el n. 13. y 14.

24 ¶ Prueuase, que en este caso es claro no auer derecho de tercero a que perjudicar, porque, ò la parte de la dicha doña Maria pretende tener derecho por la dote constituyda en fauor de su madre, y reditos del dicho censo mientras no se le pagassen los mil ducados, ò pretende por alimentos que a su madre se le deuiessen dar, y ni en el vno, ni otro caso tiene derecho.

25 ¶ Si por via de dote, è interesses de ella, mientras no se pagara, solo pudo valer en quãto a los reditos que se causaron mientras viuio el padre, que son los que pudo dar, y nò de los procedidos despues de su muerte, Mieres part. 3. dict. quæst. 9. nu. 80. vers. *Possunt tamen bona maioratus dari in dotem pro vita vxoris dotatæ, veluti fit in bonis feudalibus, constitui etenim potest dos in rebus feudalibus pro vita vassalli filiam dotantis tenet Innocentius, & alij, in cap. nuper, de donat. inter virum, & vxorẽ, & plures, &c.*

26 ¶ Y assi de los reditos procedidos despues de su muerte, ni de bienes otros algunos de el dicho mayorazgo, pudo el padre constituyr dote en fauor de su hija sin facultad Real, mayormente no siendo el mismo fundador, ni el mayorazgo fundado por ascendiente, si no por vn transversal, como sin embargo de la Auth. res quæ, C. communia de leg. que no à lugar

lugar en los mayorazgos de España, lo tiene, y resuelve el señor Molina, lib. 4. cap. 6. à num. 18. vsque ad 22. vbi etiam Additionatores, y el señor don Francisco Salgado in labyrinto credit. p. 1. cap. 24. nu. 67. & 131.

27 ¶ Si la parte de la dicha doña Maria pretende, por dezir que fueron por via de alimentos, y q̃ en lugar de ellos se dio la dicha dote, y se prometierõ los dichos reditos en el interim que se pagauã los mil ducados (quod verum est) mucho menos derecho tiene, porque con la muerte de su madre cessaron los dichos alimentos, y el derecho dellos, y no passò a la hija, y heredera, sin que en esto aya duda, ni dificultad alguna, ex text in l. cum his. 8. §. modus autem, vers. *Constat enim, alimenta, cũ vita, finiri*, ff. de transact. l. Firmio Heliodor. 26. in fin. vers. *Cæterum si pecuniam annuã pater alimentis destinaßet, non dubiè persona deficiente, causa præstandi videtur extincta*, ff. quemadmodum dies legati, vel fideicommis. cedat, Tiraquell. de primogen. quæst. 74. num. 6. latè Petr. Surd. de aliment. titul. 1. quęst. 1. num. 1. que alega a Bald. in Auth. cui relictũ, col. fin. C. de in dict. viud. toll adonde dixo, quod alimenta transmitti non possunt ad hæredes, ex quo eorum subiectum est anima, & corpus, quod non trãsit ad hæredes: y latamente el señor don Iuan de Solorçano de Indiar. gubernat. lib. 2. cap. 12. num. 40. & lib. 3. cap. 12. num. 39. Mieres, part. 4. quæstion. 28. num. 21.

28 ¶ La controuersia de los Doctores no es en este caso de auer muerto la dicha doña Catalina, si no en el que viuiera, y huviera muerto, como murio el padre, y quedado don Iacinto, y aun entonces aunque hijo del obligado, y sucessor en el mayorazgo, por no ser fundado por el padre, sino por vn transversal, no tuvo obligacion si no quisiesse de continuar en dar los reditos de l dicho censo, que el padre le daua, ni como hermano, ni como posseedor, porq̃ la obligacion del padre fue personal, y no real, y se resoluio, y extinguio con su muerte, segun latamente lo prueua, y concluye el señor don Francisco Salga-

do in labyrint. creditor. part. 1. cap. 24. à num. 158.

29 ¶ Mas en este caso de auer muerto doña Catalina, nadie ha puesto en duda que cessò la obligacion que otorgò don Iacinto con su padre en fauor de doña Catalina, y que cessò el poder que don Iacinto dio despues a su hermana, para que cobrasse los reditos del dicho censo, en que assignò los alimētos, y boluio el censo a el dicho don Iacinto, y a su mayorazgo, segun en estos terminos lo funda ex professo, con muchos textos, y autoridades, el señor don Iuan de Solorçano de Indiar. gubernatione, tom. 2. lib. 2. cap. 12. à num. 40. & in lib. 3. cap. 12. à nu. 39. adonde entre otros textos trae, y poudera para el intento la l. dominus. 64. §. per fideicommissum, ff. de vsufruct. in illis verbis: *Per fideicommissum fructu prædictorum, ob alimēta filiis relicto, partium emolumentum ex persona vita decedentium; ad dominum propietatis recurrit.* Quia certum est (inquit) alimenta morte alimentari finiri, & ad concedentem reuerti, l. solent, §. debebit, ff. de aliment. & cibar. legat. l. cum his, §. modus, ff. de transact. cum alijs supr. allegat. n. 27.

30 ¶ De aqui es concluyentemente, y por necessaria, y precisa consequencia, que doña Maria, como hija y heredera de doña Catalina, no tiene derecho para cobrar los corridos del dicho censo de el tiēpo de don Iacinto, por auersele debuelto a el susodicho, y a su mayorazgo con la muerte de su hermana, madre de la dicha doña Maria, en quien no fueron transmissibles.

31 ¶ Y menos derecho tiene, si los quiere pretender por su cabeça, como sobrina de don Iacinto, hija de su hermana, porque no està obligado a darlos don Iacinto, ni como tio, ni como posseedor del mayorazgo; mayormente no auiendo sido fundado por ascendiente, de la misma manera que ni la sobrina deuia darlos a el tio, si fuera la posseedora del mayorazgo, Mieres part. 4. quæst. 28. num. 20. & 31. Pater Molina de iust. & iur. tract. 2. disput. 616. num. 8. Franchis decis. 178. num. 3. despues de Cordoua, de Lara, in l. si quis à liberis, §. idem rescripsit, desde el num.

num.127.& cum alijs, Dom. don Ioan Baptista de Larrea tom 1. disput.47. per tot. maximè, num.20. El señor don Francisco Salgado in labyrintio creditorum, part.1. dict.cap.24.num.158.& 162 vbi allegat id tenentes Additionatores ad Dom. Molina lib.2 cap.15.num.67. quod in his terminis verissimiũ est in iudicando; & consulendo.

32 ¶. Secundo & vltimo respondetur, que aunque no estuuieramos en caso tan claro, si no que huuiera alguna duda, ni aun entonces auia lugar el excesso, porque la parte que lo pretende lo ha de mostrar clara y euidentemente, aliàs appellationi deferendum est, porque la presuncion de que no excede, assiste, y està de parte de el Iuez de comission, Dom. Salgado de Regia protectione, part.4.cap.3. à num.144. cum sequentibus, & in num.164.

33 ¶. Y demas de los fundamẽtos que trae el señor Salgado, se prueua, porque auiendo duda, se deue remitir a el superior de adonde emana la comission, porque conforme la regla, y bulgar axioma: eius est interpraetare cuius est condere, l. non ambigitur, ff. de legibus, l. si imperialis maiestas, C. de legibus, cap. cum venissent. de iudic. & cum alijs iuribus, & authoritatibus, Augustinus Barbosa axioma 130. verb. *Interpraetatio*, num.1. & 2.

Allegatio Secunda.

SI El exceso se pretende por notoria injusticia, q̃ es el recurso de que se suelen valer los Abogados quando hallan estar cerrada la puerta a el excesso, por no ser de re ad rem, nec de persona ad personam, de loco ad locũ, de tempore ad tempus, vel de quantitate ad quantitatem. Siendo lo mas cierto, in puncto iuris, que no ha lugar excesso en caso de el grauamen, por notoria injusticia, ex latè tradditis à Dom. Salgad. de Regia protect. tom.2. part.4. cap. 3. à num.80. 102. 134. & 135. vbi quod iudex, super excesu additus, non potest se intromittere, nec cognoscere

noſcere de iniuſtitia, & ſimplice grauamine, y mas expreſſo, in dict. part. 4. cap. 4. à num. 33. cum ſequentibus, & in num. 35. ad id allegat. Scacciam de appellat. quæſt. 17. limit. 1. num. 56. La razon es, por que el exceſſo ſolamente puede caer en aquello que es nulo, ex eo, quod careat poteſtate mandato, & iuriſdictione executionis, y no ſobre lo que es injuſto, aunque contenga notorio grauamen.

35 ¶ Ni he hallado quien diga lo contrario, ſino a Gabriel Pereyra de manu Regia, que es ſingular en ſu opinion, y lo que he viſto en eſte Tribunal ſuperior deſta Real Chancilleria es, que quando los ſeñores de la Sala, adonde ſe dà la querella por via de exceſſo, reconozcan por los autos, que el Iuez executor haze vna notoria injuſticia, lo remiten a los ſeñores de el Conſejo, de donde emana la comiſsion con el termino que les parece, y que en el interim no inoue.

36 ¶ Mas aunque dieramos que huuiera lugar la opinion de Gabriel Pereyra, para poder declarar exceſſo en el caſo de notoria injuſticia, en el de eſte pleyto, no ſolamente no la ay, ſino antes clara, y notoria juſticia de parte del deſſempeño, conſiderando quien ſon los litigantes, y acreedores en eſte pleyto, con que derecho, y a que bienes, y ſobre que ſe litiga.

37 ¶ Y començando por eſto vltimo, *ſobre que ſe litiga*, es notorio que ſe litiga ſobre los reditos del dicho cenſo de el año de 1654. que no ſon de el tiempo del Capitan don Gaſpar de Mendoza, ſino de el tiempo de don Iacinto de Mendoza. Y en virtud de el poder que diò à doña Catalina ſu hermana los pretende doña Maria como hija, y heredera de la dicha doña Catalina, y eſte poder en cuya virtud los pretende (demas de auer quedado reuocado con la muerte de doña Catalina, ſegun arriba queda fundado, y que luego que muriò lo reuocò don Iacinto) es poſterior a la facultad Real que ſe concediò por el año de 1632. y el poder fue deſpues por el

año

año de 1635 conforme à lo qual es anterior la parte del dessempeño.

38 ¶ Si se considera quien litiga, y con que derecho, y a que bienes, es notorio que los litigantes son ambos como acreedores a los frutos, y rentos del dicho mayorazgo: de la vna parte la del dessempeño, que es la persona ficta, è intelectual del mismo mayorazgo: y de la otra la parte de la dicha doña Maria, como heredera de su madre, en virtud de la enagenacion que de los reditos del censo del dicho mayorazgo otorgò el Capitan don Gaspar de Mẽdoza su abuelo, y de el poder q̃ para cobrarlos le diò a doña Catalina su madre don Iacinto de Mendoza su tio.

39 ¶ Y aunque dieramos que la dicha doña Maria tuuiera algun derecho que se le huuiera transmitido como a heredera de su madre, que lo cierto es q̃ no lo tiene, segun arriba queda fundado, porq̃ el q̃ tenia la dicha D. Catalina su madre a los reditos del censo del dicho mayorazgo que cobraua para sus alimentos, era personal, y feneciò, y se consumiò con su muerte, es anterior, y mas preuilegiado el derecho que tiene la parte del dessempeño, y persona intelectual del dicho mayorazgo.

40 ¶ Prueuase, porq̃ el derecho que tenia la dicha doña Catalina no era como acreedora a los frutos y rentos del dicho mayorazgo por obligacion, ni disposicion del fundador, porque como dicho es el fundador no fue ascendiente, y assi no fue deudor de alimentos en fauor de doña Catalina, si no transuersal, que no deuia alimentarla a la susodicha, ni a otro alguno, y su derecho solo prouenia del que le diò don Gaspar de Mendoza su padre, y del que le quiso dar don Iacinto de Mendoza su hermano, no como posseedores, porque el mayorazgo de el transuersal no estaua obligado a ello, si no como padre y hermano.

41 ¶ Mas la parte del dessempeño, y la persona intelectual del mayorazgo, es acreedor anterior

terior, y demas preuilegiado derecho, porque se deriua del que tuuo el dueño y fundador para que sus bienes estuuiessen conservados, y no enagenados, si no libres, y sin grauamen alguno, que est eestà siempre viuo, y lo està representando el mismo mayorazgo, y la persona intelectual de el: quæ retinet omnia iura, & priuilegia, & omnes effectus, qui penès dignitatem ipsius maioratus, & personam fictam resident. Auendaño in l. 45. Taur. glos. 6. numer. 7. y el señor Salgado in labyrintio creditor. part. 2. cap. 22. à num. 99. vbi maioratus dignitas tanquam persona ficta, & representata, habet dominium, & possessionem iurium ad eam spectantia; & mortuo possessore non vacat; sed semper penès personam fictã remanet: & ideò posside omnia iura, nec non priuilegia.

42 ¶ Y el derecho, y priuilegio que el mayorazgo tiene desde su fundacion conforme a la voluntad de el instituydor, es que sus bienes esten libres, y conservados para que en ellos estè viua siempre su memoria, y se alimenten los sucessores, que en este caso solamente vienen a ser como vnos tutores, Procuradores, ò Administradores, Dom. Valẽçuela Velazquez tom. 2. cons. 156. à num. 78. cum seqq. a quien refiere, y sigue con otros el señor don Francisco Salgado in labyrintio cred. d. part. 2. c. 22. à num. 94.

43 ¶ Y desde su principio de la fundacion los frutos, y rentos son los que quiso el fundador estuuiessen siempre obligados a la conservacion de el mesmo mayorazgo, y lo demas para los alimentos de sus posseedores, porque como dixo Auendaño vbi supr. in dict. l. 45. Taur. glos. 6. nu. 7. vers. *Et sicut ab alũna puer nutritur, ita ex fructibus ipsius maioraeus, &c.* Es la dignidad y persona ficta, sive intelectual de el mayorazgo, como vn ama de leche que en primer lugar se deue sustentar, y sustenta a si misma; y de lo demas de los frutos los posseedores.

44 ¶ De aqui es que no fue nueua obliga-

cion

cion la que otorgò el Capitan don Gaſpar de Mendoza, obligandolos para la redencion del cenſo que tomò en virtud de la facultad Real, ſi no la miſma primitiua, y antigua que tenia, y tiene la perſona ficta è intelectual del miſmo mayorazgo.

45 ¶ Lo vno, porque en eſte caſo el Capitan como poſſeedor ſe conſidera como tutor, ò adminiſtrador del mayorazgo, y aſsi en eſta obligaciõ ſe atiende a la perſona ficta, y no a la de el poſſeedor, Dom. Valenç. Velazquez dict. conſ. 156. à num. 78 que le refiere el ſeñor don Franciſco Salgado in labyrint. cred. dict. part. 2. cap. 22. numer 94. ita ſic: *Vbi poſtquam probauit diuerſum eſſe ius competens perſonæ poſſeſſoris maioratus, à iure ſpectante ipſi maioratui, ex hac ſurium diuerſitate, latè, & optimè infert, ex num. 82. quod quãdo poſſeſſ ir maioratus, tamquam talis agit, & nominè ipſius attenditur perſona ficta maioratus, quam repreſentat, non ſua ipſius poſſeſſoris, ex l. denique, § fin ff. de minoribus, Surd. conſ. 140. num 26. & de alim. tit. 1. quæſt. 39. num. 6r Florian in l. Titia, § ſi ea conditione, num. 3 ff. de leg. 2 &c.*

46 ¶ Y lo otro, porque ſu Mageſtad en la dicha facultad Real no diſpuſo, obligò, ni diò nada de nueuo, ſi no ſolamente diſpensò como lo pudiera hazer el fundador para que ſe pudieſſe tomar el dicho cenſo, y quitò el impedimento de la prohibicion, y de poder obligar los bienes del dicho mayorazgo a el dicho cenſo, Dom. Salgad. in labyrintio creditor. dict. part. 2. cap. 10. num. 77. verſ. *Et quod licentia ad alienandum ſit quædam diſpenſatio*, nu. 91. verſ. *Princeps namque concedendo facultatem ad alienandum bona maioratus nihil diſponit, nec alienat: ſed ſolum permitit alienare, tollendo impedimento prohibitæ alienationis, late probat Dom. Chriſtophar. de Paz de tenuta, cap. 34. numer. 155. &c.*

47 ¶ Ex quibus iam rectè infertur, que la parte del deſſempeño, y perſona intelectual de el dicho mayorazgo, es acreedor anterior a la dicha doña Maria aunque huuiera heredado, y ſe huuiera tranſmitido el derecho que tenia doña Catalina ſu madre.

Mas

48 ¶ Mas no solamente es anterior, si no de mejor, y mas preuilegiado derecho, prueuase lo vno, etiam ex suppositione, que el mayorazgo nó fuesse como es de vn transversal, si no de vn ascendiẽte que estuuiesse obligado a dotar, ò dar alimentos en copetencia del derecho del dessempeño, y persona ficta del mayorazgo, es mejor, y mas preuilegiado el derecho de el dessempeño, porque en el consiste la vtilidad, y causa publica, y la de la perpetuydad y conservacion de el mayorazgo, y en el se atiende mas a el de damno euitando, que a el de la constitucion, y paga de la dote, segun con el señor Molina, y con el Padre Molina tractat. 2. de iustit. & iur. disput. 649. à numer. 3. lo tienen los Addicionadores a el señor Molina lib. 4. cap. 3. numer. 3. & 4. ita sic: *Concludit Author hic, quod dotis constitutio, non est iusta, ac publica causa ad bona maioratus alienauda prout latius infra cap. 6. explanatum erit quem sequitur, Pat. Molina vbi supra ex num. 3. deinde reddit rationem, ac subdit, quod & si publica vtilitas in constitutione dotium versetur, hac causa sufficiens non est, cum alteri causæ publicæ contraria sit, quæ in perpetuitate, & conseruatione rerum maioratus publicè versatur, in quo casu confunduntur vtriusque causæ priuilegia, & priuilegij; duobus contrarijs concurrentibus attenditur illud in quo de damno euitando agitur, ex adductis à Couarruu. practicar. cap. 6. numer. 4. Tiraquello de priuileg. præ causæ priuileg. 26. à numer. 4. Decius, &c.* Y el señor D. Iuan de el Castillo lib. 3. cap. 16 n. fin.

49 ¶ Lo otro, etiam ex alia suppositione, que fuesse anterior el contracto, y obligacion fecha en fauor de la madre de doña Maria, y que pudiera auerse transmitido, sin embargo se deuia, y deue preferir la parte de el dessempeño, aun que fuera acreedor en virtud de contracto, y obligacion posterior, porque la parte del dessempeño, y persona intelectual de el mayorazgo trata de que con su mismo dinero, caudal, y reditos, se reparen, y restauren, liberten, y conserven los bienes de el dicho mayorazgo, que se van destruyendo, y consumien-

ſumiendo con los reditos del cēſo de los dos mil ducados a que eſtan obligados, y con que eſtan captiuos y agrauados.

50 ¶ Y aſsi por la miſma razon, y derecho que eſta diſpueſto que ſe prefiera a el acreedor anterior que dà dinero para el reparo, y conſervacion de qualquier coſa, aunque el contracto del deſempeño fuera poſterior, deue ſer preferido, ex l. *interdũ poſterior creditor, potior eſt priore, vt puta in rem iſtam conſeruãdam impenſum eſt, quod ſequens credidit.* 5. y la ſiguiente, que es la l. *iuris enim pecunia ſaluat fecit totius pignoris cauſam.* 6. ff. que potiores in pignor. habeãtur, l. ſi ventri, §. creditor qui ob reſtitutionem ædiffitiorum, ff. de priuileg cred. §. is conſequens in Auth. de qualit. dotis, collat. 7. l. 26. verſ. *E aun dezimos*, l. 28. maximè in illis verbis: *Entõces mayor derecho à en ella el ſegundo q̃ preſtò ſus dineros para mantenerla, que el primero, por que con los dineros que el diò fue guardada la coſa que ſe pudiera perder. E por ende dezimos q̃ deue ſer pagado primeramẽte*, tit. 13 p. 5. Dom. Molin. lib. cap. 10. à n. 19. Rodrig. de concurſu credit. p. 1. art. 7 à nu. 2. Dom. Salgad. in labyr. credit. p. 1. c. 11. n. 64. 80. & 82.

51 ¶ Y eſto meſmo ſe entiende quiſo el fundador en la inſtituciõ de ſu mayorazgo, y aſsimeſmo ſu Mageſtad en la conceſsion de la facultad Real en fauor de la conſervacion de los bienes del mayorazgo, y por la cauſa publica q̃ ſe intereſſa de q̃ eſtẽ cõſervados, y q̃ no ſe vayan deſtruyendo, y conſumiẽdo con los reditos del cẽſo de dos mil ducados; y eſto que es veroſimil que quiſo el fundador, y el Principe, ſe ha de tener por diſpueſto como ſi expreſſamente ſe huuiera declarado, y dicho en la fundacion, ſegun en eſtos terminos conſiderò el ſeñor Luys de Molina lib. 1. c. 10. n. 21. y 22. Vbi eſt videndus: y aſsi ſe eſpera. Salva, &c.

Licenc. Don Hermenegildo de Roxas y Tortoſſa.